

過失による共犯

Fahrlässige Teilnahme

博士後期課程 公法学専攻 2006年度入学

外 木 央 晃

TONOGI Takaaki

【論文要旨】

本論文は、過失犯と共犯の問題をめぐるドイツの学説に検討を加え、主として過失による狭義の共犯の問題の解決に役立てることを目的とする。

過失犯の領域に拡張的正犯者概念ないし統一的正犯者概念を適用するドイツの通説によれば、他人の犯罪行為を過失で誘発、促進した背後者は、過失犯の正犯として負責され得る。しかし、これは妥当な解決ではない。故意犯の領域で他人の犯罪行為を誘発、促進した場合、そのような関与行為は教唆犯、幫助犯として把握されるのに対し、それと同じ関与形式が過失犯の領域では正犯として把握されるというのでは一貫性が欠けるし、そのようにして処理することに合理性もない。

過失犯の領域にも制限的正犯者概念を適用する立場は、客観的帰属論と結びついた答責原理によって可罰的な正犯の範囲を確定させるものである。わが国と条件説が通説であったドイツとでは事情が異なるから、過失犯と共犯に関するドイツの学説を、わが刑法の解釈に、そのまま応用することはできない。その一方で、この立場が過失犯の領域でも正犯と共犯が区別され得ることを明らかにした点は、積極的に受け入れることができる。

【キーワード】 過失犯、拡張的正犯者概念、統一的正犯者概念、制限的正犯者概念、危険支配

- 1 本論文の目的
- 2 学説の状況
 - (1) 拡張的正犯者概念ないし統一的正犯者概念
 - (2) 制限的正犯者概念
- 3 過失犯の間接正犯
- 4 結 論

1 本論文の目的

過失犯と共犯の問題は、近時、監督過失に関する議論が先鋭化するにつれ、その根本にある問題として、より一層の注目を集めている。ドイツでは、いわゆる皮革スプレー事件をめぐる連邦通常裁判所の決定⁽¹⁾が学説に大きなインパクトを与えたことを1つの契機として、とりわけ客観的帰属論に基盤を持つ答責原理の見地から、過失犯と共犯の問題が論じられている。ドイツ刑法は、狭義の共犯の場合、明文で、正犯と共犯の双方に故意があることを教唆犯（ドイツ刑法26条）および幫助犯（ドイツ刑法27条）の成立要件としているので、ドイツでは、過失犯に対する狭義の共犯も、過失による狭義の共犯も、初めから問題にならない。そこで、過失犯の領域で、他人を介して法益を侵害する背後者に、客観的帰属の観点から、発生した結果を正犯として負責することができるか否かが論じられる。当該背後者は、可罰的な共犯となる余地がない以上、正犯として負責されるのであれば、不可罰的な関与者となるにすぎない。したがって、過失犯の領域では、どのような視点から正犯の成立範囲を確定するかが決定的な意味を持つことになる。拡張的正犯者概念ないし統一的正犯者概念と制限的正犯者概念との対立を、このコンテキストで把握することもできるわけである⁽²⁾。ここでは、直接的に結果を惹起した他人との同時犯としての過失犯、過失犯の共同正犯および過失犯の間接正犯の成否が問題となる。

これに対し、わが刑法においては、少なくとも明文では、正犯の故意および共犯の故意のいずれも、教唆犯および幫助犯の成立要件として求められていないから、過失犯に対する狭義の共犯および過失による狭義の共犯を現行法のもとで承認することができるか否かが争われ、その解決は、もっぱら解釈に委ねられる。この点に関する限り、たしかにドイツとは状況が異なるが、たとえば共同正犯については、わが刑法もドイツ刑法も、決して、明文で、それが故意犯の場合に限定されるとは規定していないから、過失犯の共同正犯の当否が解釈によって帰結されなければならないという点で、わが国とドイツの状況は共通する側面を持つと考えられるし、また、わが国の通説によれば、他人の過失行為を利用して法益を侵害する背後の教唆者は間接正犯になり得るとされるから、過失犯に対する教唆の問題を検討するにあたって、ドイツで深化された過失犯の間接正犯の議論を役立てることができる。いずれにせよ、過失犯と共犯をめぐる、ドイツで展開されてきた論争は、わが国の学説にも有益な示唆を与えるものである。

過失犯と共犯の問題は、過失犯の共同正犯、過失犯に対する狭義の共犯および過失による狭義の共犯の問題に分類され得る⁽³⁾。さらに、過失犯の間接正犯の問題も、ここで扱われることが多い。

⁽¹⁾ BGHSt Bd.37, S.106.

⁽²⁾ 拡張的正犯者概念ないし統一的正犯者概念は、間接正犯だけでなく、過失犯の問題からも生じてきたものであると指摘される。川端博＝松宮孝明「対談〈共犯論の再構築をめざして〉」『現代刑事法』5巻9号（平15年・2003年）〔後に川端博はか『現代刑法理論の現状と課題』（平17年・2005年）に収録〕294頁〔引用頁数は後者による〕。

本論文は、過失犯と共犯の問題をめぐるドイツの学説に検討を加え、そのうち主として過失による狭義の共犯の問題の解決に役立てることを目的とする。また、過失犯の間接正犯の問題についても、比較的新しいドイツの見解を挙げて、簡潔に触れることにしたい⁽⁴⁾。

2 学説の状況

(1) 拡張的正犯者概念ないし統一的正犯者概念

ドイツの通説は、過失犯に関しては拡張的正犯者概念ないし統一的正犯者概念が妥当するとしている。イエックスは、教唆と幫助が特別な行動メルクマールまたは義務違反メルクマールによって構成要件から切り離されない限りで、過失犯には統一的正犯者概念が妥当すると説く。過失犯の場合、正犯性を故意犯の場合と同じように制限すべきか否か、および正犯と共犯が区別されるべきか否かが争われる。通説は、統一的正犯者概念に従い、正犯と共犯を区別しない⁽⁵⁾。イエックスによれば、ドイツ刑法222条（過失致死）、229条（過失による身体傷害）のような過失構成要件は、それらが単なる教唆行為および幫助行為をも包括し得るほどに広く表現されているから、注意に違反して他人を注意に違反する犯罪行為へと誘引したり、それどころか他人の故意行為を引き起こしたりする者も、過失の正犯行為者となり得るはずであるとされる。故意が欠如するゆえ、教唆または幫助を理由とした可罰性は考えられない。よって、背後者の可罰性は、その正犯性に関してのみ基礎づけられ得る。この場合、背後者への帰属は、過失犯に関して展開された規律に基づいて、答責原理および遡及禁止の理論のもとで行なわれる⁽⁶⁾。

イエックスは、制限的正犯者概念については、それが部分的には可罰性の拡大に作用し、部分的には可罰性の限定に作用するものであると指摘する。制限的正犯者概念によれば、3つの正犯形式のうち、構成要件的結果を直接かつ単独で惹起する者だけが正犯行為者となり、単に他人との共同で、または間接的に結果を引き起こす者は、惹起された結果に対して初めから答責的となるわけではない。過失犯の場合、ドイツ刑法25条（正犯）1項⁽⁷⁾および同条2項⁽⁸⁾で初めて正犯行為者の可

⁽³⁾ 過失犯に対する過失による狭義の共犯も問題となり得るが、過失犯に対する狭義の共犯および過失による狭義の共犯の問題について、仮にその一方で否定されると、それだけで過失犯に対する過失による狭義の共犯も否定されることになるから、これに改めて検討を加える必要はなくなる。したがって、過失犯に対する狭義の共犯および過失による狭義の共犯の問題のほうに、先に決着をつけなければならない。

⁽⁴⁾ 過失犯の共同正犯および過失犯に対する狭義の共犯の問題については、拙稿「過失犯に対する共犯」『法学研究論集』36号（平24年・2012年）1頁以下で既に検討を加えた。

⁽⁵⁾ Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S.303f., Erb, Die Zurechnung von Erfolgen im Strafrecht, JuS 1994, S.453f.

⁽⁶⁾ Joecks, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd.1, 2.Aufl., 2011, S.1212f.

⁽⁷⁾ ドイツ刑法25条1項は、次のように定める。「犯罪行為を自分自身で、または他人を通して遂行する者は、正犯として処罰される。」。

⁽⁸⁾ ドイツ刑法25条2項は、次のように定める。「複数の者が犯罪行為を共同して遂行する場合、各人が正犯として処罰される（共同正犯）。」。

罰性の拡大が行なわれ、ドイツ刑法26条（教唆）、27条（幫助）は故意犯に限定して適用されるというわけである。イエックスは、ここでは、故意犯の結果を過失で（共同）惹起することが、遡及禁止ゆえ刑法上の責任につながらないのか否か、または統一的正犯者概念を背景にして、いわゆる過失による共犯が過失犯（の正犯）として処罰され得るのか否かという問題が重要であるとしている⁽⁹⁾。

ロクシンも、刑法典は、過失犯の場合、正犯と共犯の区別を通常は認めていないとする。ロクシンによれば、行為支配や正犯者意思といった区別づけのメルクマールは、きわめて多くの認識なき過失の場合、行為者の表象と結果との連関が存在しないゆえ、初めから考えられない。認識ある過失の場合、そのような区別は、たしかに必要な変更を加えれば可能となるかもしれない⁽¹⁰⁾。しかし、立法者は認識ある過失と認識なき過失を同等に扱うのであるから、認識ある過失か、それとも認識なき過失かということは、過失構成要件の充足にとって重要でないとされる⁽¹¹⁾。

過失犯の領域では正犯と共犯の区別が基本的に認められないという前提から出発する場合、故意犯に対して過失で関与した背後者も、基本的には正犯としてしか結果の帰属を問われ得ないことになる。ロクシンによれば、過失による共犯は、特に非故意行為と結果との間に他人の故意による犯罪遂行が存在する場合にも考えられない。たとえば、Aが装填済みの拳銃を不注意で一般客室に置き忘れ、その後、Bが故意でCを射殺する場合、Aの不処罰は、過失による共犯の例外ということで根拠づけられ得るわけではない。このような見地からは、Aは故意で行為をした場合であれば、Bの幫助者となるが、過失しかない場合には（不可罰的な）共犯者となり得るにすぎないとする議論は、正犯と共犯が、故意による行為と過失による行為の場合に、同じ観点によって区別され得る、との誤った前提に基づくものであるとして批判される。故意による行為の場合に、過失による第1の惹起への還元を排除しようとする場合、そのような遡及禁止は、過失による正犯に対する帰属（背後者に対する過失による正犯としての帰属）の問題なのであって、共犯の問題ではないというわけである⁽¹²⁾。

もっとも、ロクシンは、過失による共犯の可能性を完全に否定しているわけではなく、過失犯における正犯性が、部外者には欠けるような特別な要件と結びつけられる例外的な事例においてのみ、過失による共犯について論じることができるとする。ロクシンによれば、特に、きわめて高度に人的な義務犯（不真正自手犯）が、そのような場合に当たる⁽¹³⁾。たとえば、自身で誤って証言す

⁽⁹⁾ Joecks, a.a.O. [Anm.6], S.1213.

⁽¹⁰⁾ Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8.Aufl., 2006, S.552ff.

⁽¹¹⁾ Roxin, Leipziger Kommentar, 11.Aufl., 1993, §25 Rn.217.

⁽¹²⁾ Roxin, a.a.O. [Anm.11], §25 Rn.218.

⁽¹³⁾ ロクシンは、当初、過失犯を義務犯として論じていたが、その後、かかる位置づけを変更した。教授資格請求論文『正犯と行為支配』の第2版では義務犯として過失犯が扱われていたが（Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 2.Aufl., 1967, S.527ff.）、第3版以降、その部分は削除された。ドイツの学説は、ロクシンが義務犯のカテゴリーから過失犯を除外したことを概ね肯定的に理解している。たとえばレンツィコフスキー

る者だけが、ドイツ刑法163条⁶⁴⁾に基づく過失による証言犯を正犯として遂行し得る。自身で証言しなければならないわけではないが、正犯の誤った表象を軽率に強化する者は、過失による共犯として不可罰である。ここには、区別に困難が伴う事例もある。ドイツ刑法315c 条（道路交通の危険化）3 項または316条（交通における酩酊）に基づく過失による行為が、自動車の運転手によってしか正犯として遂行され得ないということを承認するのは当然であり、不注意で危険に寄与する部外者は、単なる不可罰的な共犯者である。これに対し、かつてシュレーダーが主張したように、ドイツ刑法315c 条の犯罪は、行為者が、酩酊した A に、その酩酊状態を過失で認識しないまま、自分の自動車を運転のために使わせるという態様で遂行され得ると解するのであれば、可罰的な正犯が存在することになるかもしれないが、これは各則の解釈を通して取り扱われる問題である⁶⁵⁾。

通説に立脚するプッペは、以下のようにして、制限的正犯者概念を過失犯にも通用させる立場を批判し、自己答責原理が過失犯の領域で正犯と共犯を区別することに常に役立つものとは限らないと指摘する。自己答責原理に基づく理論は、損害の経過にとっての原因を、最後の者として設定する者に注意義務を限定する。注意義務違反を取り決めるための、自己答責原理から導き出されるメタ規律は、各人が、原則として、自分の固有の行為によって、後続する他人の助力がなくても、法的に否認された結果が生じることに對してしか答責を負わない、という点にまで進展する。したがって、自己答責原理によれば、故意行為の背後への遡及だけでなく、過失行為の背後への遡及も禁止される⁶⁶⁾。間接正犯という例外的な場合に限り、「前面者」（被利用者）の行為が「背後者」（利用者）に帰属されてよい。背後者に対する注意義務違反の根拠づけにあたっては、決して、背後者に前面者の行為を帰属することが問題になるのではなく、損害の経過において背後者が有する分担部分が、同人にとって許されない危険であるのか否かということを後から問うための自然的原因と同じように、前面者の態度を、多くの因果的要因の1つとして損害の経過へと組み込むことだけが問題になる⁶⁷⁾。

しかし、自己答責原理の理論は、過失の帰属にあたって、前面者の態度を自然的原因と同じように取り扱うことに反対し、過失犯の場合にも、正犯と幫助は区別されるべきであり、かつ過失によ

は、以下のように説明する。道路交通で必要とされる注意は、義務の名宛人を他の法構成員から際立たせる規範的な拘束性を特徴づけるものではない。他人の法益に対する否認された危険を設定することの禁止は、誰にでも当てはまるものであり、故意犯と過失犯の基礎を同じように成すものである。刑法典が、故意および過失による特別義務の侵害を刑罰のもとに置くのか否か、ならびに、どのような範囲で刑罰のもとに置くのかは、そのこととは別の問題である。ここでは、もはや故意犯に対する過失犯の特殊性は問題とならず、通常の犯罪に比べて特殊な正犯者基準を伴う犯罪カテゴリーとして、身分犯を認めるのか否かが問題となる。Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S.172f.

⁶⁴⁾ 同条は現在では廃止されている。

⁶⁵⁾ Roxin, a.a.O. [Anm.11], §25 Rn.219.

⁶⁶⁾ Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 28.Aufl., 2010, S.174f. [Lenckner/Eisele], Lenckner, Technische Normen und Fahrlässigkeit, Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S.504.

⁶⁷⁾ Puppe, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band.1, 3.Aufl., 2010, S.495.

る教唆と幫助は可罰的ではないとする結論を伴う制限的正犯者概念が適用されるべきであるとのテーゼに帰着する。伝統的な理論は、正犯者と共犯者の区別、とりわけ正犯者と幫助者の区別は、意思説および行為支配説によれば、概念上、故意を前提とするものであり、価値的にも、過失領域への共犯理論の適用を正当化し得るような、許されない危険に対する異なる因果的寄与の区別は存在しないから、過失犯には統一的正犯者概念が妥当するとしているが、自己答責原理の理論は、これを破るものである。自己答責原理の理論の説得力は、当該理論が、故意とは無関係な、正犯、教唆および幫助の区別のための記述的基準を示し、それを規範的に正当化することに成功しているか否かに左右される。それらを区別することは、過失による間接正犯という例外を除き、最終者として行為をし、最も直接的な結果の原因を設定する者（いわゆる前面者）だけが過失による正犯行為者なのであり、同人が設定した原因によって自身の結果に対する因果性が媒介される者（背後者）は、単なる過失による幫助者であって、それ自体として不可罰であるという帰結に至る⁶⁸⁾。この単純で外形的な正犯者と幫助者の区別は、故意犯のための共犯理論には相当するものを持たない。そう解するのでなければ、たとえば恐喝や侮辱の手紙の作成者ではなく、配達者がドイツ刑法253条（恐喝）またはドイツ刑法185条（侮辱）の正犯であるということになってしまう⁶⁹⁾。

要するに、自己答責原理の理論について、順番的に結果に最も近い原因の設定者だけを正犯とし、その背後者を不可罰的な関与者として扱うのは妥当でないとプッペは批判するわけである。そして、そのような区別は不法の実体とも合致しないとして、レンツィコフスキーの見解を標的にしながら、さらに続ける。レンツィコフスキーは、最終者だけが法益の担い手の主体的権利を侵害するわけであるから、最終者として行為をする者だけが結果に対する原因を設定する者であるということ論拠づけるために、「個別化される因果概念のための弁明」を考え出す⁷⁰⁾。事情は逆である。複数の関与者は、同人らがある権利を侵害するという理由で結果に対して因果的となるのではなく、同人らが当該権利によって守られた権利の客体の状態を劣化させることに対して因果的となるから、ある権利を侵害したことになるのである。複数の者が、分業的に共同するにせよ、相互に無関係であるにせよ、相次いで故意で不法結果に対して因果的となる場合、必ずしも最終者として行為をする者だけが直接正犯となるわけではない。正犯者と共犯者との区別を過失犯へと転用できる場合でさえ、事情は異なり得ないであろう⁷¹⁾。

相次いで行為をする複数の惹起者の場合、決して最終的な行為者（いわゆる前面者）ではなく、第1行為者（いわゆる背後者）だけが免責されるべきであるということとは、正犯行為と共犯との区別、さらには法益侵害または惹起の概念と関係があるわけではなく、前面者の因果的寄与は背後者の行為の時点ではまだ存在していないから、背後者の注意義務の取り決めにあたって考慮に入れ

⁶⁸⁾ Schönke/Schröder [Lenckner/Eisele], a.a.O. [Anm.16], S.175, Renzikowski, a.a.O. [Anm.13], S.72ff.

⁶⁹⁾ Puppe, a.a.O. [Anm.17], S.495f.

⁷⁰⁾ Renzikowski, Pflichten und Rechte—Rechtsverhältnis und Zurechnung, GA 2007, S.572.

⁷¹⁾ Puppe, a.a.O. [Anm.17], S.496.

られ得ず、背後者の責任のリスクは前面者が介入しない事例に関して存在するものである、ということと関係がある。背後者が危険を惹起した事例に関しては、前面者の責任のリスク、ひいては注意義務が放棄されるというのであれば、前面者は、危殆化された法益に対して、同人が意図する通りに行動できるどころか、行動してよいということになってしまうであろう。前面者が背後者の行為を知っている場合もそうである²⁴。

しかし、そのことは、前面者と背後者との行為不法または結果不法における区別を基礎づけるものではない。注意義務の設定および答責領域の限定のためのメタ規律として、「犬は最後の者にだけ噛みつく」（最後の者が最も損をする）という規律は、ほとんど役に立たない²⁵。危険に対する排他的な答責が最終惹起者に当てはまる事例が少しは存在するかもしれないとしても、遡及禁止に関する次のような事例が、その規律がほとんど役に立たないことを示している。危険に対する排他的な答責は、たとえば摩滅したタイヤで走行するタクシー運転手には当てはまるが、その事実を知りながら走行の指示を与える乗客や、その事実を同様に知りながら車輦に給油するガソリンスタンドの従業員には当てはまらない。これに対し、そのような種類の整備不十分な車輦を運転手に走行させるタクシー事業者および車輦の所有者は、自分の注意義務を確実に侵害しており、結果に対して答責を負う。ここで議論される自己答責原理の型式によれば、タクシー事業者および車輦の所有者は過失による教唆者として不可罰とされるであろう。非故意で行為をする複数の共同惹起者のうち誰が結果に対して答責を負うかは、誰が結果の回避に対する注意義務を負うかに左右されるのであって、原因となった行為の順番に左右されるわけではない。関与者が事故に対する単独の責任を負うわけではないということは、もっぱら量刑にあたって考慮されるべきである²⁶。

シュレーダーやプッペが挙げた事例に見られるように、通説によると、過失犯に対する過失による関与も、注意義務の内容によっては、正犯として負責される余地が生じる。しかし、そのようにして処理することには批判がある。過失行為に対する過失による関与の場合、輪郭が不明瞭であり、可罰性は見通すこともできないほど拡大される。ドイツ刑法26条、27条で定義された関与形式は、故意による正犯行為に代わって、過失による正犯行為が浮上する場合、それらの規律に応じては輪郭づけられ得なくなる。可罰性の耐え難い拡大は、注意義務の内容を指摘することによっても制限され得ない。注意義務的内容的な取り決めという核心的問題は、過失による結果犯が、正犯性のある結果惹起だけを禁止するものであるのか、それとも結果の誘発、容易化または促進をも禁止するものであるのかという点に関係づけられる²⁷。

²⁴ Puppe, a.a.O. [Anm.17], S.496.

²⁵ レンツィコフスキーは、「犬は最後の者にだけ噛みつく」というのは故意の場合も同じであると反論する。Renzikowski, a.a.O. [Anm.13], S.175ff.

²⁶ Puppe, a.a.O. [Anm.17], S.496.

²⁷ Otto, Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, Festschrift für Günter Spendel zum 70. Geburtstag, 1992, S.274.

拡張的正犯者概念ないし統一的正犯者概念は、単なる因果的な結果の惹起を過失構成要件の犯罪記述によって把握してしまうものであると批判される。シェンケ/シュレーダー [ハイネ] は、過失犯の場合でも、正犯は故意犯の場合と全く同じように取り決められなければならないとし、過失犯の場合に統一的正犯者概念が通用するとの主張は、そこでは共犯が正犯と同視されるのではなく、初めから正犯性のある態度だけが把握されるべきである、ということを隠蔽するものでしかない指摘している⁶⁶⁾。

過失犯の場合に拡張的正犯者概念ないし統一的正犯者概念から出発しながら、その限定の必要性を説き、正犯と(不可罰的な)共犯の区別を認める見解もある。シュペンデルの所説がそうである。立法者が複数の共同者の結果惹起の範囲から一定の行為寄与を取り出し、正犯としてではなく、共犯として評価し、部分的には故意の場合ですら減輕して処罰する場合、それは考慮されるべきことである。故意による共犯だけが明示的に可罰的であると表明されたのであるから、故意による共犯だけが(ドイツ刑法26条、27条に)包括されるとする解釈は、ある行為の可罰性を、その遂行よりも前に法律で定めておかなければならないという命令から帰結されるものである。立法者は、他人の正犯行為に対する故意による共犯と並んで、他人の正犯行為に対する過失による共犯をも(ドイツ刑法26条、27条に)包括しようとしたのであれば、そのことを言明しなかったはずである⁶⁷⁾。

シュペンデルの考え方は、過失による共犯を処罰する規定がないという事実を、「過失による共犯はこれを罰しない。」という規定が置かれているものと同視し得ると評価するものである。つまり、過失犯において、共犯は、刑罰縮小事由ではなく、刑罰消滅事由として把握されるわけである⁶⁸⁾。しかし、そのような解決に対しては、拡張的正犯者概念ないし統一的正犯者概念は、過失による共犯を処罰する規定がないという事実を、刑罰縮小事由の不存在として捉えるのであるから、そこでは(正犯しか認められないという)原則に戻って共犯も正犯とするのでなければ一貫しないとの批判が加えられる⁶⁹⁾。

拡張的正犯者概念ないし統一的正犯者概念の背景には、過失犯の領域では行為支配というものが

⁶⁶⁾ シェンケ/シュレーダー [ハイネ] は、過失犯の領域でも制限的正犯者概念を妥当とする立場から通説を批判しておきながら、関与者の態度が、法益に対して他人に課せられた注意義務の侵害であると認められる限りで、過失により第三者を過失行為に誘引する者、たとえば死亡結果を伴う飲酒運転へと軽はずみに鼓舞する者や、その他の方法で、過失により他人の結果惹起犯罪を促進する者も、正犯として行為をすることができるとしている。その主張によると、犯罪的生起に別の行為者が関与する場合、過失による正犯の射程は、どの程度まで、他人の自己または第三者に損害を与える態度を阻止する義務が当該行為者に当てはまるのか、ということに従って取り決められる。このようにして過失による正犯の射程を注意義務の検討を通して確定させようとする点は、プッベの見解と共通している。Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 28.Aufl., 2010, S.495f. [Heine].

⁶⁷⁾ Spendel, Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung, JuS 1974, S.756.

⁶⁸⁾ 内海朋子「遡及禁止論と過失共犯論」『亜細亞法学』39巻1号(平16年・2004年)54頁。

⁶⁹⁾ 内海・前掲注(28)54頁、松宮孝明『過失犯論の現代的課題』(平16年・2004年)257頁。

考えられないから、それによって正犯と共犯を区別することもできないとする発想がある。レンツィコフスキーは、そのような発想が常に妥当であるとは限らないと指摘する。(正犯と共犯を区別する) 関与形式の理論が過失犯には適用され得ないとの議論は、それ自体として、ドイツ刑法26条、27条の文言に従って教唆と幫助が故意行為にのみ関係することを要求し得る。しかし、そうであるからといって、非故意行為に対する共犯の構成上の可能性が、必ずしも自動的に排除されるわけではない。むしろ、共犯者規定は、可罰的な共犯の領域を取り決めるのである。実体的客観説によれば、関与形式は、必ずしも意思の方向だけで区別されるわけではない。教唆者と幫助者は、どれほど自分のものとして犯罪行為を意図するとしても、正犯にはなり得ない。その場合、少なくとも関与の役割が客観的に明白に割り当てられるという状況が存在する。「Wは自分の妻を毒殺した。毒物はWのために前もってWの愛人Mにより調達されたものであった。Mの故意が証明され得なかったので、謀殺への共犯を理由とした処罰は問題にならなかった。」という事案で、ライヒ裁判所は、Mを過失致死で有罪とした⁶⁰⁾。自分の妻の謀殺を単独で、かつ完全に答責的に支配する不倫中のWは、愛人Mを正犯の役割から排除する者である。客観的に考えれば、愛人は、せいぜい幫助者となり得るにすぎない。なぜならば、愛人は、第2次的な役割しか果たしていないからである。少なくともこの事案に関しては、通説は、遡及禁止を認めなければならないであろう。そうでなければ、行為支配は、主観的な区別の基準になり下がってしまいかねない。過失は行為支配を絶対に前提としないという考え方は、誤謬に陥る。けだし、共犯も、固有の行為支配の欠如によって特徴づけられる⁶¹⁾。

正犯行動規範、幫助者行動規範および教唆者行動規範を区別することが、制限的正犯者概念の規範論的基礎である。どのような規範に関与者が侵害するのかということは、主観説を否定するのであれば、それと同様、内的な意思の方向には左右されない。過失による犯罪行為における関与形式の理論の展開に反対する通説の主張は、過失行為者は故意行為者とは異なる行動規範を侵害するものである、との前提に基づいている。しかし、そうであるならば、(過失行為者が侵害する) 行動規範は、全ての関与形式をも包括するものでなければならない。なぜならば、そのように解することでしか、異なる行為寄与に応じた区別が意味を持たないということにはなり得ないからである⁶²⁾。

(2) 制限的正犯者概念

ドイツでは、故意犯の場合と同様、過失犯の場合にも制限的正犯者概念を通用させる見解が有力化しつつある。ホイヤーによれば、直接かつ単独で構成要件の結果を惹起する者だけが、各則の構成要件を充足する。結果を間接的に、または部分的に直接的に惹起したにすぎない者は、結果の中に実現した許されない危険を、いずれにせよ単独で設定したわけではないから、結果も、同人に対して、直接的な単独正犯と同じ範囲で直ちに帰属され得るということにはならない。この場合、直

⁶⁰⁾ RGSt Bd.64, S.370.

⁶¹⁾ Renzikowski, a.a.O. [Anm.13], S.171f.

⁶²⁾ Renzikowski, a.a.O. [Anm.13], S.172.

接的な単独正犯との同視にとっては、特別な事情と、その特別な事情に、かかる同視を位置づける規範が必要となる。そのような種類の規範（刑罰拡張事由）として、過失行為の場合には、ドイツ刑法25条（正犯）1項と同条2項だけが考えられ、故意犯の場合には、それらに加えてドイツ刑法26条（教唆）とドイツ刑法27条（幫助）が考えられる⁶³⁾。つまり、ホイヤーは、過失犯の領域で正犯と共犯を区別する立場を鮮明にし、制限的正犯者概念のもとで正犯になり得ない背後者を、不可罰的な関与者として把握するのである。

ドイツ刑法は、正犯と共犯の双方に故意があることを狭義の共犯の成立要件としているから、過失犯の領域で正犯になり得ない者は、可罰的な共犯として負責される余地もなく、不可罰的な関与者となるにすぎない。したがって、過失犯の領域にも制限的正犯者概念を妥当させる場合、どのような基準によって正犯の成立範囲を確定し、そこから共犯を区別して不可罰とするかが決定的に重要な問題となる。その区別に役立つのが答責原理であるとされる。シェンケ/シュレーダー〔レンクナー/アイゼレ〕は、もっぱら間接的に他人の意思の媒介の上に危険が創出される事例が考えられ、その場合、最終惹起者（前面者）だけが自分の行為により（侵害または具体的な危殆化）結果を直接的に引き起こす者なのであって、第1惹起者（背後者）は、単に結果に対する誘発という意味での1つの条件を設定するにすぎないと強調し、答責原理について以下のように論じる。ここでは、単に間接的に惹起された結果の帰属を、答責原理が妨げる。答責原理によると、各人は自分の態度を、原則として自分自身が法益を危殆化しないということにだけ適合させなければならないが、他人が法益を危殆化しないということにまで適合させる必要はない。たとえば、自動車運転手にアルコールを注ぐ飲食店主の負責、（消費者の）警告表示の無視によって生じた傷害に対する製品製造者の負責、明らかに走行不安定なタクシーに乗車し、交通事故に対する契機を与えた乗客の負責、および過度な会話によって運転手の注意を散漫にして、運転手を危険な運転方法へと追いや、挙句の果てに運転中にアルコールを補給する同乗者の事故の負責は、客観的な予見可能性があるとしても、結果が故意で意図された場合でさえ、否定されるべきである。背後者が前面者の危険な態度を誘発、促進および容易化するのか否か、どのような態様で前面者の危険な態度が生起するのか、ならびに前面者が自分の作為の危険性を認識しているか否か（たとえばタクシーの走行不安定な状態を、乗客は認識しているが、運転手は認識していない）ということは、答責原理において意味を持たない。間接的に創出された危険が自己危殆化に存在するのか、それとも第三者の危殆化に存在するのか、最後に挙げられた事例に即して言えば、運転手が損害を受けるのか、それとも別の道路使用者が損害を受けるのかは、答責原理の観点のもとでは、何らの根本的な区別も成さない。使い捨て注射器の譲渡が、生命に危険を及ぼす麻薬摂取を容易化した事件⁶⁴⁾以降、他人の自己答責的な自己危殆化に対する協力の場合、背後者の負責の排除が、いずれにせよ結果として広く承認されている。これと全く同じことが、第三者の危殆化の形式での間接的な危険創出にも当てはま

⁶³⁾ Hoyer, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7.Aufl., 2000, S.65.

⁶⁴⁾ BGHSt Bd.32, S.262.

る。どちらの場合にも、背後者への結果の帰属を排除する広い答責原理が存在するから、この帰属の排除が、自己答責的な自己危殆化に対する協力の際に、故意の自己侵害に対する共犯の構成要件の不存在によって重ねて根拠づけられる場合も、答責原理は、きわめて簡潔であると評価される⁶⁹。

自己危殆化および第三者の危殆化において、単に間接的に惹起された結果を原則として帰属できないということは、禁止された危険創出が、答責原理から既に認められない場合、帰属形式の検討を通して明らかになり得る。この形式とは異なり、危険連関が存在するにもかかわらず、背後者が、法益を侵害する前面者の不注意な態度を阻止するという意味を持つ特別な禁止に違反した場合でも、背後者へと自動的に結果が帰属されることにはならない。たとえば市民煽動（ドイツ刑法130条）または犯罪行為の指南（ドイツ刑法130a条）へと還元され得る侵害結果は、帰属することができない。これと同じことが、ドイツ麻醉剤取引法29条1項10号で禁止された仲介により容易化される致命的な結末につながる麻薬消費、およびドイツ道路交通令33条（道路利用者の気を散らす広告等）の違反の結果としての事故にも当てはまる。この場合、運転手自身が損害を受けるのか、それとも第三者が損害を受けるのかは関係ない。その他の点では、これらの事例において、背後者には、直接的な危険が帰属され得ないのであるから、ドイツ刑法13条（不作為による作為）の意味での結果回避義務も妥当しない。これに対し、ここで挙げられた意味での答責原理が破られるのは、ドイツ麻醉剤取引法29条3項2号、30条1項3号において、消費者の自己答責的な行為にもかかわらず、加重結果が譲渡者に帰属される場合である。なぜならば、ここでは、ドイツ麻醉剤取引法の特別な保護目的が、「自己答責の原理および意識的な自己危殆化についての原則を制限することを要求する」からである⁷⁰。この問題のある規定が、個人の利益だけを第1次的に保護しているのではなく、市民の健康をも保護しているということは、（まだ）自己答責的に行為をする消費者の自己危殆化に基づいて、答責原理によれば同様に消費者に答責され、譲渡者には答責され得ないところの第三者の危殆化を同時に作り出してしまう。仮にそうであるとしても、譲渡者の責任は、麻醉剤の問題という特殊な背景から妥当とされ、それゆえ一般化できない「立法者の積極的法的決定」によってしか説明され得ない。したがって、たとえば麻醉消費者ではない不治の重病患者に、自由な自殺のために麻醉剤を譲渡することは、立法者により考えられた不法の次元という観点からは、ドイツ麻醉剤取引法30条1項3号に該当しないし⁷¹、ドイツ刑法222条（過失致死）、229条（過失による身体傷害）の観点のもとでも、自己答責的な自己危殆化に対する不可罰的な協力にとどまることになる⁷²。

レンツィコフスキーは、結果的加重犯の場合に、加重結果が過失によって引き起こされるにもかかわらず、それに対する共犯が一般に認められることや、ドイツ刑法11条（人および物の概念）2

⁶⁹ Schönke/Schröder [Lenckner/Eisele], a.a.O. [Anm.16], S.174f.

⁷⁰ BGHSt Bd.37, S.179.

⁷¹ BGHSt Bd.46, S.289f.

⁷² Schönke/Schröder [Lenckner/Eisele], a.a.O. [Anm.16], S.175.

項において、行為に関しては故意を要件とするが、当該行為によって惹起される特別な結果に関しては過失で十分であるとする法律上の構成要件を、ある所為が実現する場合も、当該所為は刑法典の意味での故意であると規定されていることに着目する。結果的加重犯もそれに当たる。結果的加重犯の場合、基本犯としての構成要件的行為が既に可罰的である。その点で、結果的加重犯は、構成要件で記述された行動態様が、それ自体として捉えれば、まだ可罰的ではない「故意と過失の組み合わせ」から区別されるが、この違いは、ここでの議論にとっては重要でない。構成要件に該当する態度が故意でとられる限りで、両方の犯罪群で、教唆、幫助および共同正犯が可能であることに、ほとんど争いはない。ここでレンツィコフスキーは、連邦通常裁判所で審理された次のような事件を例に挙げる。被告人Aは、正犯行為者OとSに、計画された強盗のために棍棒を持って行くこと、および後頭部への一撃で被害者を気絶させることを提案した。OとSは、そうすることへと衝き動かされ、その通りに行為を実行した。被害者は、椅子の脚で加えられた頭蓋骨への打撃により、不幸にも死亡した。連邦通常裁判所は、強盗致死（ドイツ刑法251条）に対する教唆を理由として、Aに有罪判決を言い渡した。重大な強盗に対する教唆が過失致死との結びつきにおいて存在し、ドイツ刑法251条、26条に基づいて処罰されることもあり得るというのである⁹⁹。

遡及禁止の理論にとって、加重結果に関して過失で行為をする共犯者の可罰性は、何ら問題を投げかけるものではない。遡及禁止の内容は、共犯者が過失で行為をするか、故意で行為をするかにかかわらず、正犯行為者の法益侵害が、共犯者に、固有の仕業としては帰属され得ない、というものでしかない。過失による共犯の当罰性は、それによって、まだ決定されない。立法者が、ドイツ刑法11条2項、18条（特別な行為結果の場合の加重処罰）において、故意犯の場合と同じように、故意と過失の組み合わせの場合にも同法26条、27条を適用することを決めたのであれば、遡及禁止の理論は、そのように規律することを妨げるものではない。この点、加重結果に関しては過失だけを問われる共犯者が、どのようにして可罰的とされるのかを、通説が、過失による統一的正犯者という観点から矛盾なく論拠づけることができるかは疑問である¹⁰⁰。

この疑問は、必ずしもドイツ刑法11条2項を援用することでは解決されない。同条項の規定により、故意と過失の組み合わせが「刑法典の意味における故意」であるとされるならば、共犯者へのドイツ刑法26条、27条の適用可能性が、たしかに生じる。加えて、ドイツ刑法18条は、明らかに、結果的加重犯に対する過失による共犯が可能であることから出発している。しかし、法律の文言をなぞるだけでは、解釈論上の根拠を示したことにはならない。故意と過失の組み合わせの不法の重点が行為部分に存在するの否か、または事情に応じて、類型化された故意による注意義務の侵害を伴う過失が重要となるの否かという争いは、初めから生じないはずである。結果に関しては常に過失不法だけが問題となる、ということが堅持される。結果的加重犯を「意味統一体」として把握する場合、この点は何も変わらない。基本犯が不法の固有の中核を成すのであって、それに

⁹⁹ BGHSt Bd.19, S.339, Renzikowski, a.a.O. [Anm.13], S.292f.

¹⁰⁰ Renzikowski, a.a.O. [Anm.13], S.293f.

単に付け加えられた不法の特徴としての結果が統一性を形成する。強盗は、故殺とは異なるものである。生命の消滅が、財産と意思の自由の侵害に含まれているというわけではない。ほぼ全ての結果的加重犯の場合、加重結果は、基本的構成要件によって包括された法益とは異なる法益の追加的な侵害を記述する。その点に関して、「立法者の鶴の一声」が特に何か変更を加えることもできない。故意不法へと過失不法を限定することは誤りである。ドイツ刑法11条2項は、法律上のフィクションという性格を持つのである⁶¹⁾。

ドイツ刑法11条2項、18条の場合の故意と同様の取り扱いは、過失による共犯が一般的に考えられ得ること、つまり関与体系が、過失犯の場合でも故意と同様に貫徹されることを前提とするものである。それでも通説は、この帰結を引き出さない。加重結果に関しては過失が問われる結果的加重犯に対する共犯の責任は、それを基本犯に対する故意による共犯と、結果についての過失による同時犯から成る組み合わせとして構成することで説明される⁶²⁾。しかし、不法と有責性に見合った刑罰に基づく要求という観点からすると、そのような理解では、結果的加重犯の重い処罰を基礎づけることができない。そうすると、およそ加重結果の過失による惹起でありさえすれば十分というわけではなく、基本犯と加重結果との特殊で緊密な連関が重要となるはずである。そのような特殊な連関は、正犯行為の惹起を通して、共犯者によっても惹起されたものでなければならない。通説は、共犯者を、構成要件化された特に危険な行為に関してのみ共犯者として扱い、結果に関しては同時犯として扱うことで、制限的正犯者概念と拡張的正犯者概念を並列的に適用するが、それはナンセンスである。通説は、相互的に排除される異なった関与形式を、同一の関与者に対する同一の行為と組み合わせることによって、過失による同時犯なるものに、共犯というレッテルを貼っているだけなのである⁶³⁾。

共犯者を、基本犯に対する共犯と過失致死ないし過失致傷（の同時犯たる正犯）との観念的競合で有罪にするという、解釈論として手の込んだオルタナティブならば、通説は論拠づけることができるかもしれない。しかし、結果的加重犯は、決して、故意による基本犯と過失致死ないし過失致傷との単純な組み合わせではないのであるから、そのような共犯者の特別な取り扱いは納得できるものではない。通説にとって、例外的に過失への共犯の可罰性を認めること以外に逃げ道は存在しない⁶⁴⁾。

故意と過失の組み合わせの場合の伝統的な理解も、ほとんど納得できるものではない。たとえば、ドイツ刑法315c条（道路交通の危殆化）1項において、走行不能状態の自動車を自分で運転する者のように、ある一定の行動態様が類型化される限りで、共犯者による構成要件に該当しない具体的危険の惹起が、どのようにして特別な結果についての過失による同時犯を基礎づけ得ること

⁶¹⁾ Renzikowski, a.a.O. [Anm.13], S.294.

⁶²⁾ BGHSt Bd.19, S.342.

⁶³⁾ Renzikowski, a.a.O. [Anm.13], S.295.

⁶⁴⁾ Renzikowski, a.a.O. [Anm.13], S.296.

になるのかは、一般的に明らかでない。しかも、ドイツ刑法は、一般的な危殆化構成要件を認めていないのである。結果は故意による行為に起因するものでなければならないから、故意によらない惹起は、構成要件の充足にとって十分でない。要するに、過失で行為をする共犯者は、共犯者として負責されるのであって、同時犯による惹起なるものを理由にして負責されるわけではないのである⁴⁹⁾。

さらに、レンツィコフスキーは、ドイツ秩序違反法に内在する統一的正犯者体系に関連して、通説が当初は過失による共犯の概念を認めていたことを指摘する。ドイツ秩序違反法14条（関与）1項1文は、複数の者が秩序違反に関与する場合、各人が秩序に違反して行為をしたものとして定めている。これを素直に理解すると、完全に答責的な秩序違反に対する過失による共犯を（正犯として）処罰することも、法律の文言に合致すると思われる。これと異なり、「関与」というのは、言語学上の意味によれば目的的な活動を指し示すものであるから、秩序違反の場合には考えられるが、何らかの事実的な態度の場合には考えられないとする理解は一貫しない。処罰可能な過失による単独正犯と、処罰不可能な過失による関与とを区別することは、統一的正犯者体系の内的論理と矛盾する。通説が、かつて過失による共犯を、ドイツ秩序違反法14条1項1文の意味における関与であると認めたのは意外なことであった。しかし、1983年の連邦通常裁判所の決定以降、この考え方は変わった。ドイツ秩序違反法14条の適用領域は、現在では、故意による態度に限定されている⁴⁹⁾。そうするのでなければ、ドイツ秩序違反法47条（秩序違反の訴追）で規律された便宜主義というフィルターを通して実効的には制限され得ない、耐え難い処罰可能性の拡大がもたらされることになってしまうし、過失による関与を取り込んでしまうと、刑法との関係における評価矛盾に陥ることになってしまうからであるとされる⁴⁹⁾。

通説は、関与者が他人の秩序違反を過失で惹起した場合、具体的な過失構成要件が、第三者の具体的な故意行為を阻止する目的をも有し得ることが考慮されるべきであるとし、過失による共同を、関与としてではなく、直接的に過失による正犯（同時犯）として把握する。通説がドイツ秩序違反法14条の適用領域を故意による態度に限定しておきながら、このようにして処理することは自己矛盾であると批判されるが、いずれにせよ秩序違反の場合、通説も、それに反対する立場も、最終的には、どのような注意義務違反が関与を根拠づけ、または正犯を根拠づけるのか、という問題に答えなければならない点は同じである。通説は、他人の犯罪行為に対する過失による共犯の場合、統一的正犯者概念によるのでなければ処罰の間隙が生じるとするが、少なくともドイツ秩序違反法においては、同法14条の統一的正犯者の規律によって、法律上そのような間隙は塞がれ得るであろう。解釈論上の疑わしい構成によって、そのことを否定する必要はない⁴⁹⁾。

⁴⁹⁾ Renzikowski, a.a.O. [Anm.13], S.296.

⁴⁹⁾ BGHSt Bd.31, S.312f.

⁴⁹⁾ Renzikowski, a.a.O. [Anm.13], S.297.

⁴⁹⁾ Renzikowski, a.a.O. [Anm.13], S.298.

このようにして、レンツィコフスキーは、過失犯の場合に拡張的正犯者概念ないし統一的正犯者概念から出発する通説の構成を批判し、過失犯の領域にも制限的正犯者概念を妥当させる。その主張は、以下のような帰結を導くものである。過失犯の場合でも、共犯者行動規範と正犯者行動規範は相互に区別される。前面者が故意で、かつ有責的に行為をする場合、結果は背後者に帰属され得ない。なぜならば、その場合、自律原理が遡及禁止を基礎づけるからである。解釈論上、過失による共犯は、結果的加重犯に対する共犯という例外を除き、可罰的でない。第2惹起者が非故意かつ非有責的に行為をする場合、第1惹起者が前面者（第2惹起者）と比べて優位な回避力、たとえば加重された危険の認識を持っているときに限り、犯罪行為が第1惹起者に帰属される。制度化された保護義務の場合に限り、過失により結果を惹起する各人の態度は、不作為の正犯性を基礎づける⁶⁹。

厳格に制限された正犯者概念は、特に過失領域において、可罰性を本質的に最終惹起者に限定するものであるから、環境や経済の分野での組織的、集团的犯罪という新しい問題の克服に役立つものではない。しかし、厳格に制限された正犯者概念が、実務上の必要性に基づいて、それだけの理由で放棄されてはならないというのが、レンツィコフスキーの主張である。そこで、立法論として、第1に、オーストリア刑法のような（明文による）統一的正犯者概念を導入すること⁶⁹、第2に、企業体における答責のために新しい犯罪を創設したり、犯罪の一定の様相形式を、統一的正犯者体系から成るドイツ秩序違反法に配置したりすること、第3に、社会的役割または答責領域を通して自律原理を適用することが考えられるが、レンツィコフスキーは、これらを全て消極的に解している。第1の立法論は、体系的正義を理由にして、故意犯の領域に関して制限的正犯者概念を選択せず、過失犯の領域に関して拡張的正犯者概念を選択することもできてしまうという不利益を伴う。第2の立法論では、どの範囲で、立法者が政策的な答責を正当と判断するかが必ずしも明確でない。第3の立法論によると、評価者の理解によれば正犯行為者の刑に値する者が正犯行為者である、と説明される危険がある。なぜならば、答責領域の理論は、構成要件上の不法の記述から完全に解放され得てしまうからである。曖昧な「社会的役割」は、実務上、裁判官により補充されるから、最終的には裁判官の権力が途方もなく拡大する。刑法が主として個人たる正犯行為者に焦点を合わせて制定されたとするなら、これまでになかったような新しい種類の体系的不法を認めることはできないというわけである⁶⁹。

オッターは、立法者が、周知の社会的現象と結びつけて、ドイツ刑法25条以下で正犯と共犯を区別したことを指摘する。オッターによれば、社会生活において、刑法上の帰属の問題とは関係な

⁶⁹ Renzikowski, a.a.O. [Anm.13], S.300.

⁶⁹ オーストリア刑法12条（全関与者の正犯としての取り扱い）は、直接正犯者だけでなく、他人を可罰的行為の実行へと衝き動かした者や、それ以外に可罰的行為の実行に寄与した者も可罰的行為を遂行したものとすることを定めている。オーストリアでは、かかる関与規律を統一的正犯者体系に立脚したものと見ることに、ほとんど争いはない。

⁶⁹ Renzikowski, a.a.O. [Anm.13], S.301.

く、ある出来事の発生に関与した様々な者らに、それを区別して帰属するのは通常のことである。複数の関与した者らが一体（共同正犯）として把握されるという事実関係と並んで、ある1人の者が中心人物として強調されるが、それ以外の者は、関与したとしても、周辺人物であるとしか見られないという事実関係が存在する。立法者は、その規律を、そのようにして社会的空間で所与の前提とされた構造と結びつけ、その際、これを修正、強調することによって、かかる規律の社会的承認を法的規律にまで高める。このような考え方において、正犯と共犯は、重要な出来事に対する区別された答責に基づいた、社会的空間での異なる地位を特徴づける。正犯者とは、構成要件で記述された法益侵害に対して第1次的に答責を負う者のことを言う。正犯者は、行為の「態様」と「可否」を決定するが、共犯者には、もっぱら第2次的な答責という位置づけが妥当する。なぜならば、共犯者の行為寄与の実効性は、行為計画を実現する正犯者の決意に左右されるからである。この原則的な区別が、ある一定の結果を、ある1人の者（正犯者）に同人の仕業として帰属することを可能にする。それ以外の者（共犯者）の分担部分は、もっぱら結果の誘発、容易化または促進として特徴づけられ得る。それによって輪郭づけられた制限的正犯者概念は、構成要件の記述を、同時に正犯者の記述として把握する。総則の共犯規定は、可罰性を広げるもの、すなわち刑罰拡張事由であると理解される⁶³。

このような制限的正犯者概念に基づいて、オットーは、正犯と共犯を、異なる帰属形式として故意領域において区別することが可能であるだけでなく、故意犯に対する過失による共犯も（正犯から）区別することができると説く。故意による作為犯の正犯は、構成要件に該当する生起を目的的に操縦しながら支配する者であると定義される。法益侵害に対する実効性において、法益侵害者の意思に従属する行為寄与者は、自分の行為寄与を故意で提供するのか、それとも過失で提供するのかということとは無関係に、周辺人物として位置づけられる。結果は、行為寄与者に対して、正犯としては帰属され得ない。ただし、同人の行為寄与に対する答責と並んで、法益侵害に対する第1次的な答責も同人に妥当する場合は事情が異なる。なぜならば、行為寄与者は、第三者の法益を侵害する態度を阻止することを、法的に義務づけられているからである⁶⁴。

共犯は、法律上、ドイツ刑法26条、27条において、（故意によるのでなければ）罪責を追求されないものと定められているから、過失による正犯性のない関与が一般的に共犯として特徴づけられてよいのか否かという問題も生じる。オットーによれば、根本的な問題設定にとって重要なのは、過失領域における正犯としての帰属と並んで、過失による正犯性のない関与の形式も存在することである。たとえ過失による結果犯の構成要件において、当該犯罪の正犯が記述され、行為実行に全く関与しない各人が記述されていないとしても、正犯性のない関与と正犯とを区別することが広い範囲で一貫性を有するものと確認されなければならない⁶⁵。

⁶³ Otto, a.a.O. [Anm.25], S.271f.

⁶⁴ Otto, a.a.O. [Anm.25], S.272.

⁶⁵ Otto, a.a.O. [Anm.25], S.272f.

通説が過失による正犯と過失による共犯とを区別せず、過失犯の領域では個別的正犯者としての統一的正犯者だけを認め、段階的差異を放棄するのに対して、オットーは、異なる位置づけでの区別も認められると明言する。オットーによれば、統一的正犯者は、そう呼ぶのでなければ正犯、教唆および幫助という名称のもとで記述される関与形式を包括する。ドイツ刑法26条の「衝き動かす」という概念の定義、すなわち行為決意の惹起、それを目的にした精神的コンタクトおよび行為実現のための正犯行為者への影響が、可罰性の限界および可罰的な行為決意の惹起に対する限界を決定する。したがって、個別的正犯としての負責と行為結果の共同惹起者としての負責との区別が、概念規定の広さに応じて存在する⁶⁹。

一般に、自己侵害および自己危殆化の領域において、ある人の死亡は、それが自己答責的に意図され、実現された意識的な自己危殆化の結果であり、かつ他人の共同が自己危殆化の単なる誘発、容易化または促進に尽きていた場合、その共同原因とはならなかった他人には、積極的な作為という意味で、帰属されてはならないと考えられる。過失領域における負責の要件を取り決めるにあたって、自己侵害に対する関与、および答責的な正犯行為者による他人の侵害に対する関与を、異なる基準に従って取り決めるのは妥当でない。自殺者の自己答責という原則は、法体系に孤立して存在するわけではない。むしろ、自殺者の自律の承認において、刑法上の負責の根本原理が明白になったのである。刑法上の結果の帰属にあたっては、その結果に対する答責の確定が重要となる。被害者および第三者の自律が、正犯行為者の自律に対峙する。各人は、原則として、自分が他人の法益を侵害した場合に限り、そのことに対して答責を負うのであり、立法者が、他人の態度に対しても一定の枠内で責任が負わされ得るということを取り決めなかった限りで、他人の態度に対して答責を負うことはないのである⁶⁹。

過失領域においては、正犯性のある法益侵害だけが可罰的なのであって、それ以外の関与形式は可罰的ではないのであるから、異なる関与形式を区別する基準を設けることは、ほとんど意味を持たない。オットーによれば、正犯者の答責領域を、それ以外の者の答責領域から区別することが重要である。その場合、行為者と結果との事実的な連関が完全に証明され得るとしても、単に結果を誘発、容易化または促進するにすぎない者に対しては、その結果は、まだ同人の仕業としては帰属されないということが出発点となり得る⁶⁹。事実的な連関が正犯の負責の前提となるが、正犯の負責は、過失領域においても、行為者と結果との事実的な連関、結果の回避可能性および結果の予見可能性に尽きるものではない。生起を、ある一定の者の正犯性のある結果実現として価値的に把握することを可能とさせるような、主体と結果との別の連関が作り出されなければならない。事実的な連関と並び、規範的な連関が、ある結果をある者に同人の仕業として帰属するために必要である。規範的な連関は、行為者による生起の操縦を通して基礎づけられ、正犯行為者は、同人の操縦

⁶⁹ Otto, a.a.O. [Anm.25], S.273f.

⁶⁹ Otto, a.a.O. [Anm.25], S.276.

⁶⁹ BGHSt Bd.32, S.262.

可能性のもとにある生起に対して答責を負うのである。さらに、操縦可能性は、予見可能性や、結果を惹起または回避する可能性を常に上回るものである。なぜならば、無答責に行為をする者の態度でも、個別の事例においては予見することができ、かつ影響を及ぼすことができるからである。操縦可能性とは、ある生起を、ある者に、当該生起の主体として還元することの可能性なのである。もっとも、操縦可能性の対象は、結果発生までの生起の経過ではあり得ない。生起の経過に対する絶対的な支配は存在しないし、もし存在するとしても、それは問題にならない⁶⁸⁾。刑法上の行動規範の対象も、まずは結果を引き起こすことではなくて、結果発生の中に実現し得る危険を創出または増加することに向けられる。それゆえ、ある結果は、ある者がその危険を創出または増加した場合に、同人の仕業として同人に帰属される。法益侵害に対する責任は、常に、その法益侵害の基礎にある危険によって媒介されるというわけである⁶⁹⁾。

答責原理によると、各人は、原則として自分の固有の態度に対して答責を負うのであって、他人の態度に対して答責を負うわけではない。個別の事例において、規範の保護目的が意味を持つことになるが、そのアプローチは過大評価されてはならない。たとえば道路交通法の個別的規範のように、完全に特殊な危険が包括される場合に限り、それは役に立つものである。これに対し、ドイツ刑法222条（過失致死）のように、明示的な限界づけが存在しない場合、もはや規範の保護目的への還元は行なわれない。ここで決定的な問題となるのは、構成要件に該当する結果を惹起した具体的な生起の経過が、危険の創出を阻止するための法的な行動規範による禁止に該当するか否かということである⁶⁹⁾。

それでは、オットーの見解から、具体的事例は、どのようにして処理されるのであろうか。第三者または被害者自身が故意で介入した場合や、過失で創出された危険状態を正犯行為者が故意で利用する場合も、通常、帰属連関の遮断が存在する。なぜならば、第1行為者の態度を、自己答責的な危険創出または危険増加に対する条件として利用する第2行為者が、そうすることによって、もはや第1行為者が源泉となった態度に基づく答責を負わない状況を創出するからである。もっとも、他人が故意で介入した場合でも、第1行為者の責任が例外なく排除されるわけではない。その都度の答責領域は、個別の命令規範および禁止規範の解釈を通して確定される。たとえば、武器携帯許可証を持っていない他人に、第三者を射殺する拳銃を、そうとは知らずに貸した者に対する正犯性のある致死を理由とした責任は、予見可能性があったとしても考えられない。なぜならば、武器を権限のある者にしか引き渡してはならないという規定は、武器がそれを扱うことのできない者の手に渡ることを回避するために設けられたからである。この規定から、故意による殺人を阻止するために、武器を引き渡してはならないという原則的な禁止は導き出され得ない。これ

⁶⁸⁾ Stratenwelth, Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, S.238.

⁶⁹⁾ Otto, a.a.O. [Anm.25], S.276ff., Stratenwelth, a.a.O. [Anm.58], S.238.

⁶⁹⁾ Otto, a.a.O. [Anm.25], S.279.

に対し、武器の経験のない者が、そのことを知っている貸主から武器を借り、それを取り扱う際に第三者を死亡に致らせた場合、借主だけでなく貸主も負責される。なぜならば、武器を経験のない者に引き渡してはならないという禁止は、まさしく生命への危険を防ぐために規定されたからである⁶¹⁾。

第1行為者と危険回避を試みる第2行為者との答責領域は、明白に区別することができる。第1行為者が被害者を致命的に侵害する場合、被害者の死亡が、被害者の救命を試みる医師の過失による技術的過誤で最終的には創出されるとしても、そのことは第1行為者を免責しない。救命行為は、過誤の可能性が考えられるとしても、不可欠なものである。ゆえに、そのような種類の過誤の実現は、まだ第1行為からの典型的な危険の実現である。これに対し、第2行為者の故意による侵害は、第1行為の危険の枠内から確実に脱落する⁶²⁾。

このようにして制限的正犯者概念を展開しながらも、オットーは、故意による正犯（第2行為者）の背後の過失による正犯（第1行為者）を必ずしも全面的に否定するわけではない。正犯行為者が殺人の客体を取り違えたところ、それが背後の教唆者にとっては予見可能であった場合、教唆の未遂と並んで⁶³⁾、過失致死の正犯行為者としての背後者の負責が完全に可能であるというのである。その理由は、教唆者は第三者にとって危険な正犯行為者の意思の影響に対して答責を負っており、教唆が第三者に対する独自の危険を創出したからである、と説明される⁶⁴⁾。しかし、制限的正犯者概念を徹底させるならば、このような故意犯の背後の過失犯を、正犯として処罰することは否定されなければならないであろう⁶⁵⁾。

オットーによれば、どのような作業が様々な機能において分業的に充足されるべきであるのかが組織的に確定される場合、答責領域は明確な輪郭を持つ。手術中、注射器に薬液を吸い上げる際に、致命的な結果を伴う取り違えをする看護師は、医師が管理義務を負い、それを医師自身の過失で侵害したとしても、過失の正犯行為者として負責される。これに対し、医師の指示が誤りであった場合、看護師は、特別な予備知識に基づいて致命的な危険を認識し得たとしても、負責されない。看護師には、医師の指示に関して注意深く実行する義務は妥当するが、管理義務は妥当しない。ここでは、危険を積極的に認識して初めて、答責状況が変更される⁶⁶⁾。

⁶¹⁾ Otto, a.a.O. [Anm.25], S.279f.

⁶²⁾ Otto, a.a.O. [Anm.25], S.280.

⁶³⁾ ドイツでは、一定の場合には教唆の未遂が処罰されることになっている。正犯に客体の錯誤がある場合も、教唆の未遂としての教唆者の罪責が問われ得る。

⁶⁴⁾ Otto, a.a.O. [Anm.25], S.280.

⁶⁵⁾ 松宮孝明「ハロー・オットー〈過失の正犯と共犯〉」『立命館法学』237号（平6年・1994年）1147頁、平野潔「過失犯と共犯の新様相」『現代刑事法』5巻9号（平15年・2003年）54頁参照。

⁶⁶⁾ Otto, a.a.O. [Anm.25], S.280f.

3 過失犯の間接正犯

ドイツの学説には、正犯者意思が欠けることを理由にして、過失犯の間接正犯を否定する見解もあるが⁶⁷⁾、これを肯定する見解も比較的多く主張されている⁶⁸⁾。そこでは、たとえば、背後の利用者が、一定の作為の現実的な危険性を知り得たにもかかわらず、その無害性について、詐術または脅迫によって被利用者を納得させる場合や、結果発生に関しては不注意な背後の利用者が、被利用者を行為の実行へと動かすために強制的手段を使う場合に、過失犯の間接正犯が承認される⁶⁹⁾。このような限定的な承認と比べ、シュテッフェン・シュナイダーが、以下のような事例を挙げて、より広い範囲で過失犯の間接正犯を論拠づけるのが目立っている。自動車セールスマン A が、ブレーキに故障のある自動車を、P が事故を起こせば保険金が支払われると期待しつつ、試乗のために P に貸し出したところ、車輛優先の横断歩道でブレーキが効かず、P が歩行者 O を轢いたとする⁷⁰⁾。この場合、A は過失致死の間接的な正犯行為者であると考えられる。もちろん、P はブレーキの故障を知らず、それゆえ車輛優先の横断歩道へと接近する際に事故を予見できなかったのであるから、故意による殺人は問題にならない。P に可罰性が欠けること、および A が故障を認識していたことから、A の行為支配が生じる。さらに、A は、ブレーキの故障の結果としての P による事故を意図していたから、その点に、行為支配の意思も存在する⁷¹⁾。

行為支配は、危険支配と 1 つのパッケージを成す。結果と因果性のある生起を自由に操縦する優位な潜在的可能性を持っている者が、危険な生起の中心人物として危険支配を行使する。したがって、過失による間接正犯者は、前面者（被利用者）よりも、優位な事実認識、優位な評価権限ないし優位な理解能力、操縦能力を持っていなければならない。さらに、行為媒介者の劣後性を具体的に認識していることが、過失による間接正犯の要件となる。許されない危険および結果に最も近い者の許されない行為自由の認識可能性に対する客観的評価は、間接的な正犯行為者の行為事情の認識に基づくものでなければならない。この結果と因果性のある生起にとって重要な行為者の認識は、主観的な過失構成要件の枠内で把握されるべきである⁷²⁾。

ブレーキの故障を知っていた自動車セールスマン A が、それを深刻なものとは考えず、事故の

⁶⁷⁾ Baumann, Täterschaft und Teilnahme, JuS 1963, S.92.

⁶⁸⁾ Hoyer, a.a.O. [Anm.33], S.65f., Otto, Die Haftung für kriminelle Handlungen in Unternehmen, Jura 1998, S.412f., Joecks, a.a.O. [Anm.6], S.1215, Renzikowski, a.a.O. [Anm.13], S.268ff., Schünemann, Leipziger Kommentar, 12.Aufl., 2007, §25 Rn.218.

⁶⁹⁾ Hoyer, a.a.O. [Anm.33], S.65f.

⁷⁰⁾ この事例は、P の行為を A が故意で利用した間接正犯の問題として把握されるようにも思われるが、シュテッフェン・シュナイダーは、A が O の死亡結果の可能性を認識していなければ、まだ A に故意はないと考えるようである。

⁷¹⁾ Steffen Schneider, Das Täterschaftsattribut der Risikoherrschaft und die Beteiligungsformen der fahrlässigen Erfolgsdelikte, 2003, S.259f.

⁷²⁾ Steffen Schneider, a.a.O. [Anm.71], S.260.

危険を想定しないで、自動車をPに貸し出した場合も、ブレーキの故障の結果としてPが起こした事故に対する答責が、Aに妥当しなければならない。Aは、事故の危険の基礎となる故障を知っていたのであるから、結果と因果性のある生起を、事故に直接つながるPの態度とともに先取りする、より優位な可能性を持っている。Aは、自分の認識に従って、結果をもたらす危険のある生起を最も早く支配していたわけであり、その限りで、当該生起を回避することもできたのに、そうしなかったのである。Aは、Oの死亡に対して、刑法上の答責を負い得るが、危険な運転を自分で直接的に実行したのではないから、ドイツ刑法25条1項に基づく間接的な正犯行為者であると考えられる。ブレーキが故障している自動車を試乗のために貸し出し、そのような自動車を公道上で使わせることが許されない危険を創出し、その危険が結果の中に実現したものと認められる。Aは、危険判断の基礎となる故障を知っていたのであるから、過失で行為をし、優位な事実認識によって行為をしたことになる。Aの優位性は、Pの可罰性の欠如となって現れる。Aは、危険な生起の中心人物として危険支配を有したのである。さらに、Pが故障を認識しなかったことはPの劣後性を意味するものであり、それをAは認識することができた。このようにして、シュテッフェン・シュナイダーは、Oの過失致死に対するAの間接正犯を根拠づける⁷³⁾。被利用者に対する利用者の危険支配の優位性という見地から過失犯の間接正犯を説明する点が、ここでは注目される。

4 結 論

過失犯の領域に拡張的正犯者概念ないし統一的正犯者概念を適用するドイツの通説によれば、他人の犯罪行為を過失で誘発、促進した背後者は、過失犯の正犯として負責され得る。しかし、これは妥当な解決ではない。故意犯の領域で他人の犯罪行為を誘発、促進した場合、そのような関与行為は教唆犯、幫助犯として把握されるのに対し、それと同じ関与形式が過失犯の領域では正犯として把握されるというのでは一貫性が欠けるし、そのようにして処理することに合理性もない。わが刑法の共犯規定の解釈にとっても、ドイツの通説は応用できるものではない。とりわけ幫助に関しては、それが故意でなされた場合でさえ必要的に減輕されるのに、過失による幫助の場合に過失犯の正犯を成立させるということにしてしまうと、著しい不都合が生じる。たしかに、過失による行為は、それを処罰する規定がない限り不可罰であるから、過失処罰の規定がない犯罪に関しては、過失による幫助を、過失犯の（不可罰的な）正犯として把握しても、故意による幫助との刑の不均衡は生じないと考えられるかもしれない。しかし、理論上の疑問は残る。たとえば、プッペが挙げた交通事故の事例では、整備不十分な車輛を運転手に走行させるタクシー事業者は⁷⁴⁾、自分の注意義務を確実に侵害しているから、結果に対して（正犯として）答責を負うものとされているが、このような構成によると、タクシー事業者は、運転手に整備不十分な車輛の走行を命じた時点で、理

⁷³⁾ Steffen Schneider, a.a.O. [Anm.71], S.260f.

⁷⁴⁾ 具体的な状況において、タクシー事業者に、結果に対する未必的な認容がある場合は、過失犯に対する故意による幫助の問題となり得る。この事例は、そのような認容がないことを前提としている。

論上は実行に着手したものと観念され得ることになる⁷⁶⁾。タクシー事業者に、事故それ自体についての結果回避義務を生じさせるほどの重大な整備不十分がある場合はそれでよいかもしれないが、整備不十分の程度が軽微で、事故が起きるはずがないと思われたような場合、事後的に見れば整備不十分が事故につながったとしても、タクシー事業者が運転手に車輛の走行を命じることが、過失構成要件の定型性の範囲内で、直ちに正犯として把握され得るのかは疑問である⁷⁷⁾。

過失犯の領域にも制限的正犯者概念を通用させる立場は、端的に言えば、客観的帰属論と結びついた答責原理によって可罰的な正犯の範囲を確定させるものである。ドイツでは条件説が通説であったからこそ客観的帰属論が意味を持つようになったわけであり、この点で、わが国とは事情が異なるから、過失犯と共犯に関するドイツの学説を、わが国の学説に、そのまま応用することはできないであろう。その一方で、この立場が過失犯の領域でも正犯と共犯が区別され得ることを明らかにした点は、積極的に受け入れることができる。そのような区別を前提に、ドイツ刑法では共犯の成立要件とされている正犯の故意と共犯の故意が、わが刑法の共犯規定のもとでも必要とされるのか否かが、解釈によって帰結されなければならない。過失による教唆は、被教唆者に犯罪を実行する決意を生じさせる定型性を具備せず、正犯を惹起させるものとしての危険性が微弱である⁷⁸⁾。幫助は、正犯の実行を容易にすることを表象して行なう必要がある⁷⁹⁾。そもそも、わが刑法38条1項但書は、特別な規定がない限り、過失犯は処罰されないことを定めているところ、過失による教唆および過失による幫助を処罰する特別な規定は存在しない。そうすると、教唆犯および幫助犯のいずれについても、教唆の故意および幫助の故意が存在することが、それぞれの成立要件とされるべきことになる⁸⁰⁾。したがって、過失による教唆および過失による幫助を承認することはできないのである。

⁷⁶⁾ もっとも、現行法のもとでは、過失犯の未遂は処罰されない。

⁷⁷⁾ ここで援用したのは問題点を絞り込んだ講壇事例であるが、同種の問題点を含む事故が現実には発生した場合、使用者たる背後者（この講壇事例のタクシー事業者に相当する。）に、必ずしも常に過失犯の正犯を成立させなくても、実務上、そのような背後者には様々な法令違反が認められるのが通常であるから、当然、その点で民事、刑事および行政の領域に広がる背後者の法的責任を追及することが可能である。とりわけドイツでは、起訴法定主義のもとで、軽微な事案についてまで、常に過失犯の正犯として背後者の罪責を追及することは、実務上も妥当でないと思われる。

⁷⁸⁾ 川端博『刑法総論講義』第2版（平18年・2006年）567頁。

⁷⁹⁾ 川端・前掲注(77) 576頁，平野・前掲注(65) 55頁。

⁸⁰⁾ 正犯の故意に関しては、それが教唆の場合には必要であり、幫助の場合には不要であることを、既に拙稿・前掲注(4) 15頁以下で明らかにした。